

O Consenso Processual Penal Analisado a partir de Hipóteses Negociais Colombianas

Rodrigo da Silva Brandalise*

Sumário

1. Introdução. 2. A *Suspensión del Procedimiento a Prueba* como um Fenômeno de Diversificação Processual Penal. 3. Outras Formas de Consenso a partir dos *Preacuerdos y Negociaciones entre la Fiscalía y el Imputado o Acusado*. 3.1. Os *Preacuerdos desde la Audiencia de Formulación de Imputación*. 3.2. Os *Preacuerdos Posteriores a la Presentación de la Acusación*. 4. O que se Objetiva com a Inclusão dos Consensos dentro do Processo Penal Colombiano? 5. Conclusão.

1. Introdução

Cada vez mais, observamos movimentos no campo do processo penal para a expansão dos consensos como forma de sua resolução, esteja, ou não, a se discutir a culpa daquele que é acusado ou imputado. Por exemplo, no Brasil, há três situações que permitem que a vontade daquele que acusa e a daquele que é perseguido criminalmente resolvam o conflito penal, sem discussão da culpa, conhecidas como conciliação civil, transação penal e suspensão condicional do processo.

A utilização dos consensos como forma de resolução da persecução sem exame da culpa não causa maiores problemas, na medida em que é louvada por sua iniciativa de não estigmatizar alguém com a condenação e, ao mesmo tempo, por apresentar uma forma de resposta à vítima e à sociedade.

A discussão doutrinária mais candente sobre o tema está nas hipóteses em que os países optam pela possibilidade de usar o consenso como forma não apenas de resposta, mas de definição da culpa do investigado/acusado. Não obstante estas discussões, também existe uma sedimentação de sua aplicabilidade. Podem ser indicadas três possibilidades bem delineadas sobre o assunto: o *guilty plea* americano, o *Absprachen* alemão e o *patteggiamento* italiano. O Brasil, até o presente momento, não possui procedimento semelhante.

No contexto colombiano, é possível apresentar a existência de modalidades consensuais. Uma delas, definida como *suspensión del procedimiento a prueba* (arts. 325 e 326 do *Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004*). Ainda, os *preacuerdos y negociaciones entre la fiscalia y el imputado o acusado* (arts. 348 a 354 do *Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004*), sem prejuízo de outras previsões.

* Mestre e Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Professor e Palestrante da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

Assim, por sua relevância, cabe fazer uma apreciação acerca do consenso em processo penal a partir das previsões consensuais colombianas, especialmente buscando pontos de aproximação e/ou de diferenciação com outros modelos de referência em direito estrangeiro que já consagraram os consensos no processo penal. Busca-se, assim, auxiliar na sua compreensão, inclusive para reflexos em outros países da América do Sul.

2. A *Suspensión del Procedimiento a Prueba* como um Fenômeno de Diversificação Processual Penal

Como apontado na introdução, o fenômeno do consenso em processo penal pode, ou não, resultar no exame da culpa do acusado. Quanto à ausência de discussão de culpa, o processo penal colombiano apresenta a chamada *suspensión del procedimiento a prueba*.

Por ela, o imputado poderá solicitar a suspensão do procedimento mediante solicitação oral com a manifestação de um plano de reparação do dano e das condições que estaria disposto a cumprir (art. 325 do *Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004*). Conforme o mesmo artigo, o plano poderá consistir ou na mediação¹ com as vítimas, ou na reparação integral dos danos causados, ou em uma reparação definida como simbólica, em uso da justiça restaurativa.²

Uma vez apresentada a solicitação, o Fiscal consultará a vítima e, na hipótese de concordância dela, fixará as condições pelas quais haverá a suspensão do procedimento.³ Ainda, aprovará ou modificará o plano, conforme os princípios de justiça restaurativa previstos no Código. Caso haja revogação da suspensão com o seguimento regular do procedimento, a admissão dos fatos havida pelo imputado para fins de suspensão não poderá ser usada contra ele (art. 325 do *Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004*).⁴

Cumpra considerar que a justiça restaurativa tem, como princípio fundamental, a participação de todas as partes no processo de resolução do conflito, não sendo

¹ Nos termos da lei processual colombiana: "*Mediación es un mecanismo por medio del cual un tercero neutral, particular o servidor público designado por el Fiscal General de la Nación o su delegado, conforme con el manual que se expida para la materia, trata de permitir el intercambio de opiniones entre víctima y el imputado o acusado para que confronten sus puntos de vista y, con su ayuda, logren solucionar el conflicto que les enfrenta. La mediación podrá referirse a la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados; realización o abstención de determinada conducta; prestación de servicios a la comunidad; o pedimento de disculpas o perdón*" (art. 523 do *Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004*).

² De acordo com o art. 518 do Código, "*se entenderá por programa de justicia restaurativa todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador. Se entiende por resultado restaurativo, el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad*".

³ De ser salientado que deverão conter obrigações proporcionais e razoáveis com o dano causado (art. 519, 2, do *Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004*).

⁴ Ao regular a justiça restaurativa, o legislador colombiano assim estabeleceu no Código, art. 519, 3: "*La participación del imputado, acusado o sentenciado no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores*".

possível falar dela se a vítima não participa de sua realização.⁵ Importante considerar que ela se vale de conceitos que estão presentes na justiça tradicional, como responsabilidade, reinserção, devolução da confiança no sistema, reafirmação da norma e proteção futura de bens jurídicos.⁶

Ao prever a justiça restaurativa, o Código apresenta, como regra geral, que ela se rege pelo consentimento livre e voluntário da vítima e do imputado em submeter o conflito a um processo restaurativo, com a possibilidade de retirarem este consentimento em qualquer momento da atuação (art. 519, 1, do *Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004*).⁷

O plano não poderá ter prazo superior a 3 anos, também conhecido como período de prova, e será definido pelo Fiscal com as condições inscritas no art. 326, parágrafo, do *Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004*.⁸ Assim, a mediação se legitima a partir da compreensão de que seus mecanismos informais de resolução do conflito atendem aos interesses da vítima com a consequente reafirmação da prevenção do crime e do controle social.⁹

Uma vez cumpridas as condições e escoado o período de prova, o Fiscal ordenará o arquivamento definitivo da acusação (art. 326, parágrafo, do *Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004*)¹⁰. Como se nota, não há participação judicial nesta hipótese, pelo que fica evidente que não há qualquer discussão sobre a culpa.

Quando o consenso não resulta no exame da culpa, a doutrina costuma definir essa situação como *diversificação*. A diversificação (*diversion*¹¹) caracteriza-se por ser uma forma de resolução dos conflitos processuais penais em que há a retirada de

⁵ GALAIN PALERMO, Pablo. *Justicia Restaurativa y Sistema Penal*. Cambio de paradigma o nuevas herramientas de la Justicia Penal (Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, 2016), 25.

⁶ GALAIN PALERMO, Pablo. *Justicia Restaurativa y Sistema Penal*, 214.

⁷ De ser dito que o Código também admite a suspensão como forma de decisão quanto ao exercício da ação penal em respeito ao princípio da oportunidade (art. 325, parágrafo, do *Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004*).

⁸ São condições previstas no mesmo artigo: "1. Residir en un lugar determinado e informar al fiscal del conocimiento cualquier cambio del mismo; 2. Participar en programas especiales de tratamiento con el fin de superar problemas de dependencia a drogas o bebidas alcohólicas; 3. Prestar servicios a favor de instituciones que se dediquen al trabajo social a favor de la comunidad; 4. Someterse a un tratamiento médico o psicológico; 5. No poseer o portar armas de fuego; 6. No conducir vehículos automotores, naves o aeronaves; 7. La reparación integral a las víctimas, de conformidad con los mecanismos establecidos en la ley; 8. La realización de actividades en favor de la recuperación de las víctimas; 9. La colaboración activa y efectiva en el tratamiento psicológico para la recuperación de las víctimas, siempre y cuando medie su consentimiento; 10. La manifestación pública de arrepentimiento por el hecho que se le imputa; 11. La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social; 12. La dejación efectiva de las armas y la manifestación expresa de no participar en actos delictuales". Ainda: "durante el período de prueba el imputado deberá someterse a la vigilancia que el fiscal determine sin menoscabo de su dignidad".

⁹ GALAIN PALERMO, Pablo. *Justicia Restaurativa y Sistema Penal*, 207.

¹⁰ Esta modalidade de arquivamento determinada pelo Fiscal, sem a participação judicial, encontra similitude com a mediação penal de adultos em Portugal, onde também o Ministério Público é o responsável pela finalização de um processo criminal (Lei portuguesa nº 21/07, art. 5º, nº 5).

¹¹ A doutrina portuguesa traduziu como *diversão*. Por exemplo: COSTA, José de Faria. *Diversão (desjudicialização) e mediação: que rumos?* (Coimbra: Almedina, 1986). Usa-se o termo *diversificação* para evitar-se eventual confusão de termos com a língua espanhola.

acusações ou a descontinuidade delas com a presença de advertências ou imposição de condições a serem cumpridas pelo acusado, com a necessária observância de regras e condições estabelecidas em lei.¹²

É a diversificação, portanto, uma consequência da adequação entre a gravidade do crime e as formas complexas de sua persecução, com a diferenciação de ritos, de maneira que a desigualdade processual aplicada à desigualdade dos fatos realize, ao final, a concretude do princípio da igualdade material na existência da resposta estatal.¹³

É possível classificá-la¹⁴ em *diversão simples*, quando ocorre o arquivamento do processo sem qualquer imposição ao acusado, na medida em que a persecução penal é absolutamente inócua, conforme razões de política criminal estabelecidas em determinado Estado, mesmo que estejam presentes indícios de autoria e elementos de materialidade do crime (por exemplo, como se observa do §153 StPO e do artigo 280º do Código de Processo Penal português)¹⁵; em *diversão encoberta*, que estabelece a extinção da punibilidade a partir da determinação de atos ao autor do fato, como quando há alguma previsão em tal sentido se houver a indenização da vítima em conciliação, p. ex.;¹⁶ em *diversão com intervenção*, quando há a determinação de condições ao acusado conforme previsão legal (como se lê da *suspensión condicional del procedimiento* prevista no Código de Processo Penal do Paraguai, art. 21; §153a StPO alemão; do artigo 281º do Código de Processo Penal português, e dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo previstos no sistema brasileiro).

Por fim, a doutrina define haver hipóteses de diversão com repreensão num processo de mediação, já que há a presença de um árbitro para encontro de uma solução conciliatória.¹⁷ É nesta forma que se enquadra a *suspensión del procedimiento a prueba*, como visto neste tópico anteriormente.

¹² THAMAN, Stephen C. A typology of consensual criminal procedures: an historical and comparative perspective on the theory and practice of avoiding the full criminal trial, en: *World plea bargaining*. Director: THAMAN, Stephen C. Durham: Carolina Academic Press, 2010: 332-333.

¹³ FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001: 135-136.

¹⁴ TORRÃO, Fernando. *A relevância político-criminal da suspensão provisória do processo*. Coimbra: Almedina, 2000: 121-122; COSTA, Faria. *Diversão*: 21-24.

¹⁵ Faria Costa afirma que a diversão simples é que a melhor se conjuga com a noção de oportunidade (COSTA, Faria. *Diversão*, p. 22). Sobre isto, cita-se o caso do princípio da oportunidade colombiano: "*La Fiscalía General de la Nación, en la investigación o en el juicio, hasta antes de la audiencia de juzgamiento, podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece este código para la aplicación del principio de oportunidad. El principio de oportunidad es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías*" (art. 323 do Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004). As causas de aplicação da oportunidade estão descritas no art. 324.

¹⁶ Como na hipótese da chamada *conciliación en los delitos querellables*: "*La conciliación se surtirá obligatoriamente y como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, cuando se trate de delitos querellables, ante el fiscal que corresponda, o en un centro de conciliación o ante un conciliador reconocido como tal*" (art. 522 do Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004).

¹⁷ TORRÃO, Fernando. *A relevância político-criminal*: 122. Não por acaso: "*los facilitadores deben desempeñar sus funciones de manera imparcial y velarán porque la víctima y el imputado, acusado o sentenciado actúen con mutuo respeto*" (art. 519, 5, do Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004).

3. Outras Formas de Consenso a partir dos *Preacuerdos y Negociaciones entre la Fiscalía y el Imputado o Acusado*

Consoante se percebe, a diversificação não envolve a sentença criminal em si.

Pode-se dizer que o consenso sobre a sentença criminal diz respeito a um acordo entre a acusação e a defesa, mesmo que ausente uma efetiva participação judicial para seu resultado final. Neste caso, há concessões recíprocas, com o objetivo de buscar-se a declaração de culpa do acusado ou a declaração de que não haverá a contestação da acusação. Ao final do acordo, haverá a aplicação de uma condenação mais leniente do que aquela que poderia ocorrer caso o processo seguisse convencional andamento e condenação.¹⁸

Quanto a esta, os consensos sobre a sentença criminal podem acontecer pela declaração de culpa do acusado (como no *guilty plea* americano, mote do *plea bargaining*) ou pela declaração de que não haverá a contestação da acusação (*nolo contendere*, instituto também americano).¹⁹

Da mesma forma, podem ser referidas as situações que decorrem das chamadas ordens penais e dos procedimentos abreviados.

As ordens penais consistem na apresentação escrita da acusação, acompanhada de requerimento de aplicação de uma determinada punição, ao juiz. Caso o juiz o aceite, é conferido prazo para o acusado responder e/ou objetar a proposta. Se o réu apresentar objeção, o processo tem convencional andamento. Se expressar aceitação, o requerimento transformar-se-á em condenação.²⁰

Já nos procedimentos abreviados,²¹ o acusado prefere ser julgado com base no material então coletado na investigação preliminar, com um desconto de pena ou a fixação de uma pena mais abrandada em relação à inicialmente prevista. Também há a possibilidade de o imputado fazer algum requerimento para manifestação, bem como de o julgador determinar alguma diligência probatória. Percebe-se, pois, que há mais a intenção de encurtar o andamento processual, sem que o acusado, com isto, esteja submetido à condenação por tal opção (permanece a possibilidade de absolvição).

¹⁸ ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining: aproximação à justiça negociada nos E.U.A.* (Coimbra: Almedina, 2007), 26.

¹⁹ A nota distintiva entre elas reside na consequência de que a primeira produzirá efeitos no juízo cível, enquanto a segunda, não, razão pela qual é mais comum nos crimes econômicos, porque se limita a não contestar a ação, sem realização de confissão sobre os fatos (RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezero. *El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*. Granada: Comares, 1996: 67). Conforme explicitado na *Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11*, em sua integralidade, pode ser alegada, pelo acusado, sua ausência de culpa (*not guilty*), sua culpa (*guilty*) ou, quando cabível e aceito pela Corte, *nolo contendere*. Doutra banda, a alegação de *nolo contendere* exige que haja uma apreciação do interesse público na devida administração da justiça antes que seja aceita pelo juízo e pelas partes [*Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11(a)(3)*].

²⁰ THAMAN, C. *A typology of consensual criminal procedures*: 339-342. De ser apontado que os casos de ordens penais não se caracterizam como negociação de sentença criminal em forma de *guilty plea*. Isto porque são necessárias duas ratificações: a do juízo, quanto ao recebimento da acusação e da pena sugerida; e da defesa, que deve aceitar os termos sugeridos, após um juízo de valor quanto à pena proposta em face de um crime previamente definido (BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada*. Curitiba: Juruá, 2016: 26).

²¹ THAMAN C. *A typology of consensual criminal procedures*, 380-382.

Assim, importante verificar as exigências e o procedimento estabelecido para os *preacuerdos* colombianos.

3.1. Os *Preacuerdos desde la Audiencia de Formulación de Imputación*

Conforme o *Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004*, arts. 350 e 351, uma das modalidades de *preacuerdo* é aquela que acontece desde a audiência de formulação da imputação.

De acordo com o texto legal, desde a audiência de formulação da imputação e até antes de ser apresentada a acusação por escrito, a *Fiscalía* e o imputado poderão chegar a um pré-acordo sobre os termos da imputação. Uma vez sendo ele obtido, *Fiscalía* o apresentará ao juiz de conhecimento como escrito de acusação.²²

Importante apontar que o *preacuerdo* traz consequências para ambos:

- o imputado declarar-se-á culpado pelo delito imputado ou de um relacionado a pena menor;
- a *Fiscalía* afastará da acusação alguma causa de agravação ou algum fato específico e ainda tipificará a conduta de maneira específica com o objetivo de diminuir a pena.

Ou seja, tudo caminha em busca da culpa/responsabilidade do imputado, com atenuações. É importante fazer esta consideração quanto à culpa para diferenciar, não apenas da diversificação, mas também do *nolo contendere* americano, já que este pressupõe punição sem exame dela. E fica claro que os *preacuerdos desde la audiencia de formulación de imputación* trazem a conjunção da pena e da culpa do imputado em sua determinação.

Ao haver a aceitação do conteúdo do *preacuerdo* aqui visto como conteúdo de imputação, será estabelecida redução de até metade da pena, o que também se consignará no escrito da acusação. Igualmente, poderá haver acordo sobre os fatos imputados e suas consequências. Relevante apontar que poderá haver a previsão expressa de que, caso surja prova nova, poderá haver a formulação de acusação distinta e mais gravosa.

Como regra, os *preacuerdos desde la audiencia de formulación de imputación* celebrados entre a *Fiscalía* e o acusado obrigam ao juiz de conhecimento,²³ salvo se violarem garantias fundamentais. Aprovado o *preacuerdo* pelo juiz de conhecimento, este convocará a audiência para ditar a sentença correspondente, que deverá obedecer aos termos do *Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004*, art. 447.

Apesar de haver uma discussão da culpa do imputado, o modelo colombiano prevê a vinculação do juízo ao acordo.²⁴ Nisto, quer se aproximar do *plea bargaining*

²² O conteúdo da imputação está descrito no *Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004*, art. 288.

²³ Neste sentido: “Si el juez aceptare las manifestaciones preacordadas, no podrá imponer una pena superior a la que le ha solicitado la Fiscalía y dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 447 de este código” (*Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004*, art. 370).

²⁴ Pessoalmente, expresse alguma preocupação com isto, mas respeito a forma como cada Estado demonstra e regulamenta seu processo. Entendo que ao juiz deve ser aferido um poder de atuação distinto dos demais, de forma a preservá-lo de eventuais abusos e deslealdades, notadamente para o desiderato de encontrar a verdade e de atuar como julgador correto da demanda penal, ainda que como

americano,²⁵ na medida em que são possíveis consensos tanto quanto ao conteúdo da acusação como de suas consequências, apesar de a lei já estabelecer alguma delas (como no caso da redução da pena antes indicada²⁶).²⁷

3.2. Os *Preacuerdos Posteriores a la Presentación de la Acusación*

De acordo com o apurado até o momento, os consensos colombianos vistos antecedem ao oferecimento da acusação. Não obstante, o legislador colombiano não

uma forma de controle dos demais sujeitos processuais (MESQUITA, Paulo Dá. *Processo penal, prova e sistema judiciário*. Coimbra: Coimbra, 2010: 40). Há o grave risco de um juiz que seja um mero homologador de acordos, sem a manutenção de seus poderes de decisão de maneira imparcial, pelo que não deve concordar com ele se não estiver convencido para tanto (RAUXLOH, Regina. *Plea bargaining in national and international law: a comparative study*. Londres: Routledge, 2012: 49). Relevante considerar que a previsão colombiana, p. ex., aumenta a incumbência ministerial, que vai além das habituais condizentes com a formação da acusação; deve ele também zelar em obter os informes necessários para que a pena represente a devida responsabilidade, mesmo que disponha de elementos benéficos ao imputado, com o firme propósito de propiciar a aplicação do instituto de forma mais estável e eficaz (FIDALGO, Sônia. O processo sumaríssimo na revisão do código de processo penal, *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, nº 9, 2008: 299-300). Assim, deve o órgão de acusação apresentar, em tempo oportuno, os elementos probatórios conhecidos por ele ao acusado, ainda que possa negar ou mitigar a sua culpa, em respeito ao contraditório (exemplificativamente: *Caso Meftah e outros c/ Bélgica*: Nouredine Meftah e outros c/ República da França, Aplicação nos 32911/96, 35237/97 e 34595/97. Corte Europeia de Direitos Humanos, 26 de julho, 2002). De ser referido, por oportuno, que não se deseja um juiz ativo com papel principal na negociação que envolva a culpa e, por conseguinte, a sentença, tal como ocorre no direito processual penal alemão (StPO, §257c). A regra alemã relega ao Ministério Público a condição de fiscal do acordo havido, sem participação essencial na negociação, com foco mais destinado a um poder recursal (WEIGEND, Thomas; y TURNER, Jenia Iontcheva. *The constitutionality of negotiated criminal judgments in Germany*. German Law Journal, vol. 15, nº 1 2014: 96. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56a6be3da12f44c0eecf5100/1453768254179/GLJ_Vol_15_No_01_Weigend.pdf>). Isto foi tido como constitucional pelo Tribunal Constitucional da Alemanha [Diretrizes (Leitsätze), Expediente BVerfG, 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10 und BvR 2155/11, vom 19.3.2013 (Corte Constitucional Alemán, 19 de marzo, 2013)].

²⁵ "Plea bargaining is based on the premise that a defendant will exchange the uncertainties and costs of going to trial and the possibility of a lengthy sentence for the certainty of a fixed outcome which guarantees a less severe sanction than would have been imposed if he had been convicted after trial. In return, the argument continues, the state saves the time and expense of having to mount a trial [...]. In the conventional view of plea bargaining, the defendant extracts concessions, either the elimination of charges or an agreed-upon sentence recommendation, in exchange for pleading guilty. The view is based on the assumption that in the absence of such concessions the defendant will go to trial [...]" [FEELEY, Malcolm M. *The process is the punishment: handling cases in a lower criminal court* (New York: Russel Sage Foundation, 1979), 185-186]. Ainda: "[...] Bargaining permits prosecutors and defense attorneys to select a conviction charge which may not fit the evidence but which permits a lesser sentence; in a trial they lose control over the sentence. In addition, the trial is likely to produce more publicity and attendant public scrutiny, as well as providing the sentencer with much more detail about the nature of the harm done by the defendant. Both of these may militate against the leniency that often attends the privacy and flexibility of the plea bargaining" (BRERETON, David; y CASPER, Jonathan D. *Casper, "Does it pay to plead guilty? Differential sentencing and the functioning of criminal courts"*, *Law and Society Review*, v. 16, n 1 (1981-1982): 68].

²⁶ Interessante observar que, ainda que não haja culpabilidade pré-acordada, a simples afirmação de que o acusado é culpado, no momento do juízo oral, já determinará uma redução de um sexto de pena (*Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004*, art. 367). Afinal, a confissão também é uma forma de colaboração processual (ESSADO, Tiago Cintra. *Delação premiada e idoneidade probatória*, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 21, nº 101 (2013): 4).

²⁷ Esta previsão legal o diferencia de outra hipótese de consenso prevista em direito latino-americano. O *procedimiento abreviado* paraguaio exige a apreciação da culpa daquele que é acusado (*Código de Processo Penal do Paraguai Lei nº 1286/98*, art. 421). Nos termos do mesmo artigo, o juiz poderá absolver ou condenar o acusado, conforme o caso. A possibilidade de absolvição com os consensos também está presente na Itália (*Código de Processo Penal da Itália Decreto do Presidente da República nº 447 de 1998*, art. 129), o que também foi reconhecido pela jurisprudência igualmente [Juízo de Legitimidade Constitucional em via Incidental: Tribunal de Pistoia, Sentenza nº 313/1990 (Corte Constitucional da Itália, 26 de junho, 1990)].

descuidou da possibilidade de *preacuerdo* quando já apresentada a acusação. Esta hipótese está descrita no *Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004*, arts. 352 e 353.

A primeira diferença entre os *preacuerdos* anteriormente analisados e os *preacuerdos posteriores a la presentación de la acusación* está no momento de sua realização. Enquanto os primeiros podem ocorrer desde a audiência de formulação da imputação e até antes de ser apresentada a acusação por escrito, os segundos podem ocorrer entre a apresentação da acusação e até o momento em que seja interrogado o acusado ao início do juízo oral sobre a aceitação de sua responsabilidade.

A segunda diferença reside no *quantum* de diminuição de pena: se o *preacuerdo* for anterior, a redução é feita até a metade. Se o *preacuerdo* for posterior, a redução é feita em uma terça parte.

Por fim, há de ser dito que pode haver aceitação parcial da acusação, razão pela qual os benefícios serão aplicados, apenas, ao que tiver aceitado.

Em linhas gerais, são passíveis de aproveitamento os comentários anteriormente feitos aos *preacuerdos desde la audiencia de formulación de imputación*. Mas devem ser destacados os pontos que seguem:

– Não se trata de uma ordem penal. Nesta, a proposta de pena acompanha a acusação, sendo que o acusado se manifesta sobre ela apenas neste momento. Se o acusado concordar ou não objetar seus termos, ela se transformará na pena aplicável.

– Também não coincide com o procedimento abreviado, pois, neste, o acusado concorda em ser julgado com base no material então coletado na investigação preliminar. Os *preacuerdos posteriores a la presentación de la acusación* já definem culpa e consequência para a responsabilidade do acusado.

– Difere-se do *Absprachen* alemão. Nos termos do §257c, nº 2, do StPO, o acordo somente pode incluir as consequências jurídicas e as demais decisões que lhe forem decorrentes, na medida em que não se discute o conteúdo da acusação. Para o direito processual alemão, o veredicto de culpa não é negociável (pode o Tribunal absolver mesmo com o acordo), diferentemente do que acontece na Colômbia.²⁸

– Da mesma forma, afasta-se do *patteggiamento*, nos termos do Código de Processo Penal da Itália Decreto do Presidente da República nº 447 de 1998, art. 444.²⁹ Nele, o acusado renuncia, apenas, ao seu direito de ser julgado de acordo com a

²⁸ Conforme a jurisprudência alemã, há a necessidade de que o juiz seja convencido de que o acordo encontra base para seus termos, especialmente no que diz com a culpa, consoante se infere da forma estabelecida para os acordos em continente europeu. Sobre isso, de ser apresentado que o Tribunal Constitucional alemão (BVerfG), em decisão de 2013, estabeleceu que continua prevista a necessidade de que o Judiciário persiga a verdade, ainda que de ofício, se o que fora produzido até então não se mostrar suficiente para confirmar a confissão [Diretrizes (*Leitsätze*), Expediente BVerfG, 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10 und BvR 2155/11, vom 19.3.2013 (Corte Constitucional Alemán, 19 de marzo, 2013)].

²⁹ Segundo o nº 1 do artigo citado: "*L'imputato e il pubblico ministero possono chiedere al giudice l'applicazione, nella specie e nella misura indicata, di una sanzione sostitutiva o di una pena pecuniaria, diminuita fino a un terzo, ovvero di una pena detentiva quando questa, tenuto conto delle circostanze e diminuita fino a un terzo, non supera cinque anni soli o congiunti a pena pecuniária*".

complexidade processual, pois o negócio celebrado será somente sobre os termos da sentença, não da acusação que tenha sido manejada.³⁰

Convém observar que, em quaisquer das possibilidades de *preacuerdos*, se o sujeito ativo da conduta punível obteve incremento patrimonial como consequência dela, os acordos não poderão ocorrer enquanto não forem reintegrados, pelo menos, 50% do incremento patrimonial. Com o acordo, deve estar assegurada a coleta do valor restante.³¹

Para finalizar o comentário aos dois *preacuerdos*, há uma forma de rápida resolução deles, assim como se observa a existência de remorso pela prática do crime. Mas a razão que mais influencia a preferência defensiva é a perspectiva de receber um tratamento mais condescendente por parte do Tribunal em comparação com o que seria determinado caso houvesse a opção pelo julgamento.³² A eficiência está na compreensão de todos de que o caso não necessita de maior demanda processual para a obtenção do resultado já apresentado no consenso, ou seja, é uma oportunidade que aquele caso concreto determina (o volume de processos é apenas um fator nesta engrenagem).³³

Além disto, a leniência da sentença em relação a eventuais padrões máximos de punição mostra-se consequência daquilo que é defensivamente desejado dentro dos valores processuais: a presença de hipóteses que autorizam a redução em prol do acusado.³⁴ A legalidade somente autoriza a punição daquilo que pode e acaba por ser provado.³⁵

4. O que se Objetiva com a Inclusão dos Consensos dentro do Processo Penal Colombiano?

Do que foi até aqui exposto, vê-se que as modalidades de consenso colombianas não surgem como substituto do processo penal, mas caracterizam-se por serem um ato de vontades. Do que é possível concluir que seu objetivo é conferir uma forma especial de procedimento penal.³⁶

Afinal, a capacidade do imputado em apresentar sua concordância com o processo não é diferente de sua capacidade de praticar qualquer ato processual, devidamente acompanhada de uma defesa técnica,³⁷ como sói acontecer em qualquer

³⁰ LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure, en: *World plea bargaining*. Director: THAMAN, Stephen. Durham: Carolina Academic Press, 2010), 64.

³¹ *Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004*, art. 349, hipótese conhecida como *improcedencia de acuerdos o negociaciones con el imputado o acusado*, o que deve ser verificado pelo juiz de conhecimento quando do recebimento dos *preacuerdos*.

³² MCCOY, Candace. *Politics and plea bargaining: victims' rights in California* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1993), 56-57.

³³ MCCOY, Candace. *Politics and plea bargaining: 57-59*.

³⁴ MCCOY, Candace. *Politics and plea bargaining*, XIV.

³⁵ MCCOY, Candace. *Politics and plea bargaining*, XV.

³⁶ Pode-se dizer que é um "[...] procedimiento especial destinado directamente a la obtención de una sentencia de fondo acerca del objeto principal del proceso [...]" (CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *El allanamiento en el proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962: 134-135; 147, 149).

³⁷ Quanto a isto, importante observar que o *Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004*, art. 354, prevê que são inexistentes os acordos realizados sem a presença de defensor. Afinal, para que o Estado tenha prevalência por conta da disposição de consenso, o acusado necessita ter plenamente garantido o possível

hipótese.³⁸ Os resultados que caberão ao órgão acusador e à defesa decorrem daquilo que optam, já que deixam de exercer direitos que lhes são inerentes no âmbito processual, sempre com o desiderato final de alcançar um resultado de cunho satisfatório para seus interesses.

Em síntese, há a necessidade de se analisar se, além da adequação simplista dos termos legais aos constitucionais e principiológicos, há uma adequação ao sistema complexo projetado por eles, de modo a verificar uma nova relação entre aqueles sujeitos e intervenientes que atuam no processo penal em geral – tudo dentro dos limites estabelecidos pelo princípio da legalidade.³⁹

Não se pode desconsiderar que os imputados/acusados, quando se encontram em persecução penal, objetivam proteger sua situação da melhor forma que lhes aprouver e, assim, consideram refutar questões teóricas e principiológicas que podem, apesar de sua relevância intelectual e acadêmica, redundar em prejuízo maior no caso de condenação.⁴⁰ Tudo porque o indivíduo é dotado de objetivos de vida e, para tanto, faz deles parte o exercício consciente de autonomia a ele concedida.⁴¹

Afinal, por ser decorrente de vontade, o instituto pressupõe a existência de requisitos essenciais: a aceitação dos fatos (e, até mesmo, da culpa)⁴² e a disponibilidade ao direito de ser julgado (expressado na concordância com o procedimento consensual que é exigida).⁴³

Antes de qualquer ponderação outra, há de ser ressaltado que os ordenamentos jurídicos ocidentais conferem aos indivíduos a possibilidade de se defender dos ataques contra si praticados, com todos os direitos que são previstos, bem como possibilita que haja a apresentação de uma vontade que adira ao que fora apresentado pela acusação.⁴⁴

Mas sempre com a compreensão de que se trata de direitos – o dever compete ao Estado, na medida em que seu titular queira deles fazer uso.

A disposição dos direitos fundamentais protegidos ganha legitimação a partir do respeito à autonomia da vontade do acusado, que busca participar do objetivo ressocializador que o consenso possibilita.⁴⁵ Aqui, está-se diante da situação em que o sujeito é titular prévio de uma determinada posição jurídica estabelecida

uso de seus direitos de defesa (não obstante, por se tratar de um processo que privilegia a vontade dos sujeitos processuais em si, na divergência entre o acusado e seu defensor, prevalece a vontade do primeiro).

³⁸ BALIÑA, Pedro M. Butrón. *La conformidad del acusado en el proceso penal* (Madrid: McGraw-Hill, 1998): 183.

³⁹ FERNANDES, Fernando. *O processo penal*: 275.

⁴⁰ Não nesses termos, mas em tal linha, Phillip Rapoza: “A experiência americana do *plea bargaining*: a exceção transformada em regra”. *Julgar*, vol. 19, 2013: 217.

⁴¹ MENDES, Paulo de Sousa. *Lições de direito processual penal*. Coimbra: Almedina, 2013: 82.

⁴² Exigência prevista no Código de Processo Penal do Paraguai Lei nº 1286/98, art. 420, nº 2.

⁴³ SACKS, Meghan R. “*Don't I have a right to bail? A study of bail decisions/outcomes and their effects on plea bargaining and sentencing*” (tesis doctoral, The City University of New York, 2011: 32).

⁴⁴ TORRÃO, Fernando. *A relevância político-criminal*: 69-70.

⁴⁵ TORRÃO, Fernando. *A relevância político-criminal*: 75. Qualquer acusado pode não exercer direitos fundamentais processuais, desde que o faça de maneira voluntária e com a devida compreensão (Apelação: United States of America c/ Craig A. Grimes, nº 12-4523, Expediente nº 98-1828. Corte de Apelação dos Estados Unidos, 7º Circuito, 19 de abril, 1999).

por norma expressada em direito fundamental e, com seu não exercício, confere um fortalecimento do Estado naquela relação que surge, já que este terá ampliado seu espectro de atuação com isto.⁴⁶

Portanto, deve ser certificado que o acusado adere de forma voluntária, consciente e inteligente,⁴⁷ e que ele não resulta de qualquer forma de imposição, ameaça ou promessa diversa das que estão estabelecidas nos termos da negociação, em qualquer de suas formas.⁴⁸

Nisto, caminhou bem o legislador colombiano, pois exige que o juiz de conhecimento verifique, corretamente, o elemento volitivo do acusado quando de sua manifestação de culpabilidade e a liberdade de tal manifestação,⁴⁹ nos termos do *Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004*, art. 368.⁵⁰

Cumpra dizer que, ainda que não seja expressa a exigência, também deve estar presente a vontade do titular da acusação. Deflui tal conclusão do disposto no *Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004*, art. 350, ao dizer que compete à *Fiscalía* apresentar ao juízo de conhecimento o *preacuerdo* celebrado.⁵¹

Portanto, o primeiro objetivo é fazer valer a autonomia das partes, especialmente do imputado, no processo penal. Evidente que se está diante de uma manifestação de vontade que se adequa, perfeitamente, à concepção exigida pela própria compreensão de indivíduo dentro do processo.

⁴⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006: 215.

⁴⁷ Isto também reflete uma imposição apontada pela Suprema Corte americana, no sentido de que o interrogatório do acusado surge como uma garantia sua para efetivação do acordo (Santobello v. New York, 404 U.S. 257, 1971: Santobello c/ New York, Expediente nº 70-98. Suprema Corte dos Estados Unidos, 20 de dezembro, 1971).

⁴⁸ De maneira a corroborar, importante citar orientações constantes da *American Bar Association*, dentro do *guilty plea*. Conforme o *Standard 14-1.1* [American Bar Association, *ABA standards for criminal justice pleas of guilty*. Washington: American Bar Association, 1999: 1. Acessado em: 4 set. 2018. Disponível em: http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/criminal_justice_standards/pleas_guilty.authcheckdam.pdf]. O acusado deve manifestar-se pessoalmente, salvo quando se tratar de corporação comercial, que deverá se fazer representada por quem de direito. Inclusive, há a necessidade de fazer o acusado repetir os termos do acordo e as informações prestadas acerca de seus direitos processuais como forma de aferir que ele tem a devida compreensão do que se passa, de acordo com o *Standard 14-1.4, 'b'* (American Bar Association, *ABA Standards*, 3).

⁴⁹ A compreensão do conteúdo do consenso também é exigência do *Absprachen* (§257c, nº 5, do StPO). Contudo, diferentemente dos *preacuerdos* colombianos, a partir do interrogatório, podem ser adotadas diligências para a confirmação da confissão (até porque o dever de busca pela verdade permanece inalterado, em obediência ao §244, nº 2, do StPO, como dispõe o §257c, nº 1, do mesmo diploma – na versão em alemão, disponibilizada pelo Ministério da Justiça alemão: “*Das Gericht hat zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind*”. Na versão em inglês: “*In order to establish the truth, the court shall, proprio motu, extend the taking of evidence to all facts and means of proof relevant to the decision*”. Também a necessidade de verificação da voluntariedade está presente no *patteggiamento* (conforme o Código de Processo Penal da Itália Decreto do Presidente da República nº 447 de 1998, art. 446).

⁵⁰ “*De reconocer el acusado su culpabilidad, el juez deberá verificar que actúa de manera libre, voluntaria, debidamente informado de las consecuencias de su decisión y asesorado por su defensor. Igualmente, preguntará al acusado o a su defensor si su aceptación de los cargos corresponde a un acuerdo celebrado con la Fiscalía. De advertir el juez algún desconocimiento o quebrantamiento de garantías fundamentales, rechazará la alegación de culpabilidad y adelantará el procedimiento como si hubiese habido una alegación de no culpabilidad*”.

⁵¹ Permite-se a mesma conclusão ao se observar o art. 369: “*Si se hubieren realizado manifestaciones de culpabilidad preacordadas entre la defensa y la acusación en los términos previstos en este código, la Fiscalía deberá indicar al juez los términos de la misma, expresando la pretensión punitiva que tuviere*”.

Resulta, pois, de uma manifestação acerca do exercício de direitos processuais e que determina o encurtamento do procedimento, na medida em que leva a uma sentença de forma mais acelerada (e que tende a ser mais benéfica ao acusado, que deixa de se utilizar de direitos como a instrução probatória, o contraditório, a confrontação de testemunhas, entre outras).⁵²

Não surge, portanto, como uma forma de supressão de direitos defensivos. Em verdade, ela surge como uma forma de exercício deles e de otimização do procedimento.⁵³

Dele decorre uma outra consequência, que é a preocupação com a lentidão processual. Não se pode analisar o andamento processual apenas sob o prisma estatal e coletivo. Há a necessidade de que seja ele visto sob a ótica daquele que enfrenta a acusação.⁵⁴ Afinal, o processo penal vive o dilema entre a garantia dos direitos humanos e a eficiente repressão.

Diz-se isso pelo fato de que a celeridade processual também é decorrência da presunção de inocência, porque o processo que tarda determina um sofrimento desnecessário ao imputado, pois compromete a vida pessoal e profissional dele, bem como sua liberdade e a própria paz social.⁵⁵ Não fosse tal suficiente, a estrutura judicial não está afastada da compreensão do custo existente para sua manutenção. Necessariamente, a solução das contendas em tempo útil serve para contemporizar estes dois extremos.⁵⁶

A ideia de prevenção geral depende, inexoravelmente, do tempo e da probabilidade de sua aplicação – sem se desconsiderar que a própria presunção de inocência resta maculada fortemente com a duração desnecessária dos processos penais e ela demora anos para ser restaurada.⁵⁷

O processo que se alonga no tempo traz prejuízos ao imputado, porque a demora do processo afeta seus interesses na decisão que lhe aflige, com incerteza sobre seu

⁵² Como se pode extrair das lições de Rodríguez García (GARCIA, Nicolás Rodríguez. *El Consenso en el Proceso Penal Español*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997: 112).

⁵³ Comparativamente, o Código de Processo Penal do Paraguai, Lei nº 1286/98, art. 6, fala que “*el derecho a la defensa es irrenunciable y su violación producirá la nulidad absoluta de las actuaciones a partir del momento en que se realice*”. Na mesma linha, a Lei brasileira nº 12.850/13, art. 4º, §6º: “o juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor”. Isto porque deve estar presente que o consenso é uma defesa do imputado (FERNANDES, Fernando. *O processo penal*: 216).

⁵⁴ MADLENER, Kurt. Meios e métodos para alcançar-se no processo penal as metas de prazo razoável e de celeridade: observações a respeito da justiça alemã, *en: Que futuro para o direito processual penal?* Diretor: MONTE, Mário Ferreira. Coimbra: Coimbra, 2009: 646.

⁵⁵ MIRANDA, Jorge; y MEDEIROS Rui. *Constituição portuguesa anotada* – tomo I. Coimbra: Coimbra, 2005: 357.

⁵⁶ VERDELHO, Pedro. Tempus Fugit, ou a reforma penal e a celeridade processual. *Revista do CEJ*, nº 5, 2006: 231.

⁵⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma reforma global do processo penal português: da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais, *Para uma nova justiça penal*. Diretor: CORREIA, Eduardo. Coimbra: Almedina, 1983: 222. Salienta Galain Palermo que a demora injustificada na resposta estatal ao crime cometido também se caracteriza como implemento da impunidade e viola a pretensão de prevenção (*no repetición*) de condutas (GALAIN PALERMO, Pablo. Relaciones entre “el derecho a la verdad” y el proceso penal. Análisis de la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos, *en: Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. Director: AMBOS, Kai. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2011: 254).

futuro e condicionamento de sua liberdade; e à sociedade, porque esta clama por uma justiça em adequado prazo, que puna os responsáveis pelo crime e que seja credível.⁵⁸

Indiscutivelmente, qualquer processo é afetado pela demora que venha nele a ser imposta, especialmente no que toca à qualidade de sua prova (seja pela dificuldade de memória das pessoas, seja pela dificuldade que se venha a causar nas perícias), mas também porque os sujeitos processuais necessitam da obtenção de uma decisão célere – sem contar as questões econômicas dos envolvidos e do Estado.⁵⁹

Além disto, a celeridade traz uma maior eficácia e eficiência da sanção penal imposta, já que isto é um interesse da sociedade, seja pela objetividade penal, seja pela prevenção, seja pela ratificação das regras jurídicas. Sempre deve estar presente que a prevenção não depende unicamente da gravidade das penas, mas da probabilidade da punição e do tempo necessário para que ela se efetive.⁶⁰

No sistema de justiça criminal estabelecido pelas formas de consenso em geral, as atenções deixam de ser as relacionadas com a formalidade processual e passam para as condições relativas às acomodações e trocas entre os agentes.⁶¹ Assim, a efetivação da negociação acaba por tornar o processo mais célere naquele caso concreto, o que também acaba por refletir no andamento dos demais que são apresentados perante o Poder Judiciário sem a necessidade de multiplicar-se o número de juízes e juizados.⁶²

A grande questão que há de ser apresentada é a compreensão de que há, sim, direitos dos acusados que não podem ser desprezados dentro do processo penal e, por consequência, devem sempre ser mantidos, independentemente de quanto interferiram na extensão processual; de outra banda, porém, há etapas e fases processuais que podem, nitidamente, ser supridas sem que isto represente qualquer sacrifício dos direitos indispensáveis.⁶³ Neste sentido, lapidar a compreensão de que a instrução processual não é uma “lei natural”, especialmente quando não há oposição por parte do acusado.⁶⁴

⁵⁸ SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal I: noções gerais, elementos do processo penal*. Lisboa: Verbo, 2010: 95-96. Veja-se que o art. 8º, nº 1, da Convenção Americana dos Direitos Humanos estabelece que todos os indivíduos têm direito a serem ouvidos e julgados em prazo razoável. Importante apresentar que, no caso *Deweere v. Belgium*, a Corte Europeia de Direitos Humanos decidiu que o prazo razoável do processo penal tem início a partir do momento em que surge a persecução, o que pode se dar em etapa anterior ao oferecimento processual da acusação, como no caso de prisão prévia a tal marco (concepção material que supera a compreensão formal de acusação (*Caso Deweere c/ Belgium: Julius Deweere c/ Reino da Bélgica*, Aplicação nº 6093/75. Corte Europeia de Direitos Humanos, 27 de fevereiro, 1980).

⁵⁹ PINTO, Ana Luísa. *A celeridade no processo penal: o direito à decisão em prazo razoável*. Coimbra: Coimbra, 2008: 18-19. São exemplos os que decorrem da humilhação pública, da eminente privação de emprego, de associação, de manifestação, além de determinar que haja uma resolução célere que possa evitar um incorreto indiciamento (FREEDMAN, Warren. *The constitutional right to a speedy and fair criminal trial*. New York: Quorum Books, 1989: 40).

⁶⁰ PINTO, Ana Luísa. *A celeridade*: 22-23.

⁶¹ RHODES, William. M. *Plea bargaining: who gains? Who loses?* Washington: Institute for Law and Social Research, 1978: 4.

⁶² WAN, Tina. The unnecessary evil of plea bargaining: an unconstitutional conditions problem and a not-so-least restrictive alternative, *Review of Law and Social Justice*, vol. 17, nº 1, 2007: 54. Disponível em: http://lawweb.usc.edu/why/students/orgs/rlsj/assets/docs/issue_17/07_Wan_Macro.pdf.

⁶³ DIAS, Figueiredo. *Para uma reforma global*: 224.

⁶⁴ DIAS, Figueiredo. *Para uma reforma global*: 228-229.

Há, assim, um contributo à credibilidade maior das instâncias formais de justiça,⁶⁵ com reforço de sua função simbólica, bem como uma forma de respeito ao próprio imputado, que, ao concordar com os efeitos da sanção, não merece a incerteza quanto à sua aplicação, já que a prova dos fatos não necessita de maior delonga.⁶⁶ Estimula a eficácia da justiça penal, a prevenção da criminalidade, a redução dos estigmas da submissão ao julgamento convencional.⁶⁷

Por outro lado, interessante notar que há uma preocupação com a proteção do interesse do acusado quando o acordo for refutado. Neste caso, ao não ser aceito o *preacuerdo* pelo juízo de conhecimento, o conteúdo da declaração não poderá ser utilizado contra o acusado em qualquer juízo.⁶⁸ Nisto, se aproxima com o *Absprachen* alemão, em que também é imposta a mesma restrição, nos termos do §257c, nº 4, do StPO.

A participação do imputado se dá na linha do que expõe Cavaleiro de Ferreira, que diz que ele possui a condição de sujeito processual,⁶⁹ pois o processo resolve a culpa que lhe é atribuída.⁷⁰

Assim, é possível dizer que a dignidade da pessoa humana ganha forte relevo e importância.⁷¹ Dentro do processo, o valor relacionado à liberdade está fortemente ligado ao princípio da justiça e do bem comum, com a existência de um espaço livre para que o próprio indivíduo se personalize, já que o processo, por si mesmo, é uma restrição à liberdade individual. Para tanto, evidente que se faz necessária

⁶⁵ TORRÃO, Fernando. *A relevância político-criminal*: 235.

⁶⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda. A celeridade no processo penal: uma visão de direito comparado, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 8, fascículo 2, 1998: 236-237.

⁶⁷ Entendimento que se extrai do voto do Conselheiro Messias Bento (Acórdão nº 7/87: Presidente da República, Processo nº 302/86. Tribunal Constitucional de Portugal, 9 de janeiro, 1987). Veja-se que a preocupação colombiana com a mediação é de alcance em largo espectro. Neste sentido, *Código de Procedimiento Penal Ley nº 906 de 2004*, art. 524: “La mediación procede desde la formulación de la imputación y hasta antes del inicio del juicio oral para los delitos perseguibles de oficio cuyo mínimo de pena no exceda de cinco (5) años de prisión, siempre y cuando el bien jurídico protegido no sobrepase la órbita personal del perjudicado, y víctima, imputado o acusado acepten expresa y voluntariamente someter su caso a una solución de justicia restaurativa. En los delitos con pena superior a cinco (5) años la mediación será considerada para otorgar algunos beneficios durante el trámite de la actuación, o relacionados con la dosificación de la pena, o el purgamiento de la sanción”. Somente a título de comparação, não cabe a mediação penal em Portugal se o tipo penal trouxer previsão de pena de prisão superior a 5 anos (Lei portuguesa nº 21/07, art. 2º, 3, ‘a’).

⁶⁸ *Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004*, art. 369: “Si la manifestación fuere aceptada por el juez, se incorporará en la sentencia. Si la rechazare, adelantará el juicio como si hubiese habido una manifestación inicial de inocencia. En este caso, no podrá mencionarse ni será objeto de prueba en el juicio el contenido de las conversaciones entre el fiscal y el defensor, tendientes a las manifestaciones preacordadas. Esta información tampoco podrá ser utilizada en ningún tipo de proceso judicial en contra del acusado”.

⁶⁹ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Curso de processo penal*. Lisboa: Danúbio, 1986: 162.

⁷⁰ Como diz o Supremo Tribunal Federal brasileiro: “A presunção de não culpabilidade trata, mais do que de uma garantia, de um direito substantivo. Direito material que tem por conteúdo a presunção de não culpabilidade. Esse o bem jurídico substantivamente tutelado pela Constituição; ou seja, a presunção de não culpabilidade como o próprio conteúdo de um direito substantivo de matriz constitucional. Logo, o direito à presunção de não culpabilidade é situação jurídica ativa ainda mais densa ou de mais forte carga protetiva do que a simples presunção de inocência.” (*Habeas Corpus*: Davi Gonçalves de Freitas c/ Superior Tribunal de Justiça, Expediente nº 101.909-MG. Supremo Tribunal Federal do Brasil, 28 de fevereiro, 2012).

⁷¹ TORRÃO, Fernando. *A relevância político-criminal*: 65. Dignidade da pessoa humana que é o primeiro preceito a ser respeitado dentro do processo penal colombiano, pois é sua primeira regulação (*Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004*, art. 1º).

uma igualdade de oportunidades para que haja esta concretude de personalização, sempre com o fim de buscar a verdade admitida no âmbito da atividade processual.⁷²

E, assim, procura-se um equilíbrio no sistema,⁷³ não ao acaso previsto, expressamente, no texto legal colombiano.⁷⁴

5. Conclusão

Superadas as considerações *supra*, é o momento de finalizar o trabalho.

Evidentemente, o interesse, aqui, não era o de esgotar toda a matéria possível e que decorresse do consenso existente no Código de Processo Penal colombiano. O presente artigo voltava-se à verificação sobre os pontos de contato dele com outros exemplos de consenso dentro do processo penal consagrado em outros ordenamentos jurídicos.

Das considerações feitas acima, é possível dizer que há vários pontos de contato e de distanciamento entre ele e as previsões consensuais em direito americano, alemão, italiano e português.⁷⁵ Aliás, entre eles, é possível afirmar que o contexto colombiano se aproxima muito mais daquilo que existe nos Estados Unidos do que nos demais, especialmente pela forma como se dá a participação judicial e dos demais sujeitos processuais neles.

Ao fazer-se essa demonstração, também busca este trabalho contribuir não apenas para o debate do procedimento na Colômbia, mas possibilitar uma maior amplitude do tema, sempre com a intenção de seu aperfeiçoamento, até mesmo para países vizinhos (como já dito, o Brasil não possui procedimento quanto à culpa, p. ex.). Pois, como consta no conteúdo do Memorando de 19 de janeiro de 2012, da Procuradoria-Geral Distrital de Coimbra: “Há, pois, que vencer os atavismos jurídicos, as culturas judiciárias passivas em que temos estado submersos e seguir em frente. Lembrados de que, mesmo que não haja caminho, *se hace camino al andar*”.

⁷² BERTOLINO, Pedro J. *El funcionamiento del derecho procesal penal: interpretación, determinación, integración, aplicación*. Buenos Aires: Depalma, 1985: 114.

⁷³ Aliás, como bem ponderado pelo BVerfG (Tribunal Constitucional alemão), as atuações acusatórias e defensivas, com distribuição específica de funções e interesses, podem obter a produção do resultado de forma consensual, respeitados os preceitos de legalidade e constitucionalidade. O que importa é que haja a efetiva produção daquilo que a justiça e o Judiciário necessitam, pois o prazo razoável do processo (sem desdobramentos desnecessários) também coincide com a ideia de procedimento justo, tanto no que tange à produção da prova, como no que tange com a própria resposta e consequência [Diretrizes (*Leitsätze*), Expediente BVerfG, 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10 und BvR 2155/11, vom 19.3.2013 (Corte Constitucional Alemán, 19 de marzo, 2013).

⁷⁴ *Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004*, art. 348: “Con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la Fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso. El funcionario, al celebrar los preacuerdos, debe observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de prestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento”.

⁷⁵ Para maiores comentários sobre os consensos nestes países, e também no Brasil: BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada*. Curitiba: Juruá, 2016.